



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2018

---

## **Die Harmonisierung der Baubegriffe – ein Schlag ins Wasser**

Griffel, Alain

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-157903>

Journal Article

Originally published at:

Griffel, Alain (2018). Die Harmonisierung der Baubegriffe – ein Schlag ins Wasser. Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 27(10):1222-1234.



## Die Harmonisierung der Baubegriffe – ein Schlag ins Wasser

ALAIN GRIFFEL\*

*Unter der Drohung, dass ansonsten ein Bundesbaugesetz erlassen werde, verabschiedete die Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz 2005 die Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB). Mit dem Konkordat sollen 30 baurechtliche Begriffe schweizweit vereinheitlicht werden. Treiberin dieser Harmonisierung war die Bauwirtschaft, welche dadurch Kosteneinsparungen anstrebte. Die Nebenwirkungen: Noch während vielen Jahren werden sich Kantone, Gemeinden, Baubehörden, Planerinnen, Architekten, Grundeigentümer und Gerichte mit mannigfachen Umsetzungs- und Anwendungsproblemen zu beschäftigen haben. In vielen zusätzlichen Rechtsmittelverfahren werden viele neue Fragen geklärt werden müssen. Der Nutzen wird, wenn diese Umsetzungs- und Konsolidierungsphase einmal abgeschlossen ist, vergleichsweise bescheiden sein. Ein Lehrstück, wie die Vernachlässigung sorgfältiger rechtlicher Analysen das Gegenteil von dem bewirken kann, was man eigentlich wollte, nämlich eine Vereinfachung.*

*Sous la menace de l'adoption d'une loi fédérale sur la construction, la conférence des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement a adopté en 2005 un accord intercantonal sur l'harmonisation de la terminologie dans le domaine de la construction (AIHC). Le concordat vise à uniformiser, dans toute la Suisse, 30 concepts du droit de la construction. Cette harmonisation a été menée par le secteur de la construction qui a ainsi cherché à réaliser des économies de coûts. Les effets secondaires : pendant de nombreuses années encore, les cantons, communes, autorités compétentes en matière de construction, planificateurs, architectes, propriétaires fonciers et tribunaux seront confrontés à une multitude de problèmes de transposition et d'application. Une multitude de nouvelles questions devra être résolue dans le cadre de nombreuses procédures de recours supplémentaires. Une fois cette phase de transposition et de consolidation terminée, l'utilité sera relativement modeste. Ceci est une parfaite illustration du fait qu'une analyse juridique minutieuse négligée peut produire exactement le contraire de ce que l'on voulait, à savoir la simplification.*

### Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Vorgeschichte
- II. Die IVHB
- III. Umsetzung in den IVHB-Kantonen
  - A. Aargau
  - B. Appenzell Innerrhoden
  - C. Basel-Landschaft
  - D. Bern
  - E. Freiburg
  - F. Graubünden
  - G. Luzern
  - H. Neuenburg
  - I. Nidwalden
  - J. Obwalden
  - K. Schaffhausen
  - L. Schwyz
  - M. Solothurn
  - N. Thurgau
  - O. Uri
  - P. Wallis
  - Q. Zug
- IV. Sonderfall Kanton Zürich
- V. Probleme
  - A. Generelle Problematik von Konkordaten
  - B. Keine gesamtschweizerische Rechtsvereinheitlichung
  - C. Handwerkliche Mängel der IVHB

- D. Grosse Diversität bei der kantonalen Umsetzung
- E. Langjährige Doppelspurigkeiten
- F. Zusätzliche Rechtsmittelverfahren
- G. Zur Kognition des Bundesgerichts
- VI. Fazit und Ausblick

### I. Ausgangslage und Vorgeschichte

Der Bund verfügt im Sachbereich Raumplanung lediglich über eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz (Art. 75 Abs. 1 BV),<sup>1</sup> von welcher insbesondere das klassische *Baurecht* (Baupolizeirecht) ausgenommen ist.<sup>2</sup> Dieses liegt demnach in der Rechtsetzungszuständigkeit der Kantone,<sup>3</sup> wobei baurechtliche Vorschriften typischerweise über die beiden Regelungsebenen Kanton und Gemeinde verteilt sind.

<sup>1</sup> Für eine neuere Auffassung dazu vgl. ALAIN GRIFFEL, Die Grundsatzgesetzgebungskompetenz gemäss Art. 75 Abs. 1 BV: Tragweite und Grenzen – Rechtsgutachten zuhanden des Bundesamtes für Raumentwicklung ARE, 20. Februar 2017, 30–38 ([www.are.admin.ch](http://www.are.admin.ch) > Medien & Publikationen > Publikationen > Raumplanungsrecht).

<sup>2</sup> Statt vieler: BSK BV-GRIFFEL, Art. 75 N 28, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-Verfasser).

<sup>3</sup> Art. 3 und 42 Abs. 1 BV.

\* ALAIN GRIFFEL, Prof. Dr. iur., Professor für Staats- und Verwaltungsrecht mit Schwerpunkt Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht an der Universität Zürich. Ich danke meinem Assistenten MLaw Silvio Forster für die sorgfältige Recherche und Aufbereitung des umfangreichen Materials.

Dass das Baurecht zu einer überaus komplexen Materie geworden ist, liegt jedoch nicht nur an der föderalistischen Vielfalt, sondern mindestens ebenso sehr daran, dass das stetig gewachsene und inzwischen weit verzweigte *Bundesrecht* (Umweltrecht, Energierecht, Infrastrukturrecht, Zweitwohnungsgesetzgebung usw.) das Bauen in mannigfaltiger Weise beeinflusst und das kantonale bzw. kommunale Recht heute in vielen Bereichen übersteuert. Bundesrecht, kantonales Recht und kommunales Recht sind hier in besonders intensiver Weise ineinander verwoben. Hinzu kommen Konkordatsrecht (Brandschutz) sowie eine Vielzahl privater Normen (insbesondere SIA-Normen), die zu beachten sind. Dessen ungeachtet erblickte die Politik bzw. die Bauwirtschaft in der Existenz von 26 kantonalen Baugesetzen – welche nicht zuletzt auch regionalen baukulturellen Eigenheiten Rechnung tragen – offenbar das zentrale Problem.<sup>4</sup>

Eine von der Kommission für Technologie und Innovation des Bundes (KTI) in Auftrag gegebene Studie kam 1998 zum Schluss, dass die Vielfalt an kantonalen Planungs- und Baugesetzen sowie kommunalen Bau- und Zonenordnungen Mehrkosten für die Planung, Projektierung und Projektvorbereitung von 400 bis 800 Mio. CHF pro Jahr verursache. Unter Berücksichtigung der geringeren Standardisierung und Industrialisierung des Bauens ergäben sich gar gesamtwirtschaftliche Kosten von 2,4 bis 6 Mia. CHF pro Jahr<sup>5</sup> – eine beeindruckende Summe, die keine argumentative Gegenwehr mehr zulässt.<sup>6</sup> Die *Vereinheitlichung der Baubegriffe* stand damit auf der politischen Traktandenliste. In der Folge wurde auf Bundesebene durch eine Reihe parlamentarischer Vorstösse Druck aufgebaut:<sup>7</sup> Kantone, entweder ihr löst dieses Prob-

lem jetzt selbst oder wir drohen euch mit dem Erlass eines Bundesbaugesetzes!

## II. Die IVHB

Ungeachtet der Tatsache, dass der Erlass eines Bundesbaugesetzes zunächst einmal die Schaffung einer entsprechenden Bundeskompetenz vorausgesetzt hätte – welcher Volk und Stände hätten zustimmen müssen –, zeigte die Drohkulisse Wirkung: Am 22. September 2005 verabschiedete die Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) die *Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe* (IVHB),<sup>8</sup> welche am 26. November 2010 – nach dem Beitritt von sechs Kantonen<sup>9</sup> – in Kraft trat. Bis heute sind siebzehn Kantone dem Konkordat beigetreten: Aargau, Appenzell Innerrhoden, Basel-Landschaft, Bern, Freiburg, Graubünden, Luzern, Neuenburg, Nidwalden, Obwalden, Schaffhausen, Schwyz, Solothurn, Thurgau, Uri, Wallis und Zug. Nicht beigetreten sind bisher Appenzell Ausserrhoden, Basel-Stadt, Genf, Glarus, Jura, St. Gallen, Tessin, Waadt und Zürich.

Gegenstand der IVHB ist die Vereinheitlichung der Baubegriffe und Messweisen im Planungs- und Baurecht (Art. 1 Abs. 1 IVHB), nicht aber der Masse. Das Konkordat strebt also nicht eine materielle, sondern lediglich eine *formale Baurechtsharmonisierung* an. Die beigetretenen Kantone sind verpflichtet, die vereinheitlichten Baubegriffe und Messweisen zu übernehmen (Art. 2 Abs. 1 IVHB), wobei es auch zulässig ist, nur einen Teil der Konkordatsbegriffe zu übernehmen.<sup>10</sup> Sie dürfen jedoch keine ergänzenden Baubegriffe und Messweisen vorsehen, die den vereinheitlichten Regelungsgegenständen zuwiderlaufen (Art. 2 Abs. 2 IVHB), oder solche Begriffe über die Anpassungsfrist hinaus weiterführen.<sup>11</sup> Im Widerspruch

<sup>4</sup> «Es besteht [...] ein ausgewiesenes Bedürfnis nach einer Harmonisierung im formellen Baurecht. Die Harmonisierung der Baubegriffe und Messweisen ist dabei der erste, aber auch zentrale Schritt» (BPUK, Musterbotschaft zur Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe, 6 [www.bpuk.ch > Konkordate > IVHB; zit. Musterbotschaft IVHB]).

<sup>5</sup> WALTER OTT ET AL. (econcept), *Kostensenkungen bei Planungs-, Erschliessungs- und Bewilligungsverfahren*, 1998, 39, 167.

<sup>6</sup> Eine Studie aus dem Jahr 2004 kam allerdings zum Ergebnis, dass der Standortfaktor «Bauvorschriften» zwar von 22% der befragten KMU-Führungskräfte als schlecht, von ebenso vielen jedoch als ausreichend beurteilt wurde (FRANZ JAEGER, *Wettbewerbsfähigkeit des Standorts Schweiz für KMU mit überdurchschnittlichem Erfolgspotenzial*, Die Volkswirtschaft 3-2004, 49 ff., 50). Kritisch auch DANIELA IVANOV, *Die Harmonisierung des Baupolizeirechts unter Einbezug der übrigen Baugesetzgebung – Aktuelle Rechtslage und Lösungsansätze*, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2006, 381 f.

<sup>7</sup> Parlamentarische Initiative Hegetschweiler «Vereinheitlichung des Baurechtes» vom 9. Oktober 1998 (98.439); Motion UREK-N «Vereinheitlichung des Baurechtes» vom 7. September

1999 (99.3459); Motion Leutenegger Oberholzer «Einheitliches Baurecht für die ganze Schweiz» vom 8. März 2004 (04.3042); Parlamentarische Initiative Müller «Begriffe und Messweisen in Bau- und Nutzungsvorschriften. Harmonisierung» vom 4. Oktober 2004 (04.456). Aus jüngerer Zeit: Motion Leutenegger Oberholzer «Baurecht harmonisieren. Effizienter und kostengünstiger bauen» vom 25. September 2015 (15.4035).

<sup>8</sup> Internet: www.bpuk.ch > Konkordate > IVHB. Zur Entstehungsgeschichte vgl. IVANOV (FN 6), 420 ff., 474 f.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 8 IVHB.

<sup>10</sup> Musterbotschaft IVHB (FN 4), 10, 12, 14.

<sup>11</sup> BEAT STALDER/NICOLE TSCHIRKY, in: Alain Griffel/Hans U. Liniger/Heribert Rausch/Daniela Thurnherr (Hrsg.), *Fachhandbuch Öffentliches Baurecht – Expertenwissen für die Praxis*, Zürich/Basel/Genf 2016, N 3.360. Das Bundesgericht nahm allerdings – wohl in Verkennung der Rechtslage – keinen Anstoss daran, dass eine

dazu beschloss das Interkantonale Organ Harmonisierung Baubegriffe (IOHB)<sup>12</sup> jedoch, dass die Kantone den zentralen Begriff der Geschossflächenziffer (GFZ)<sup>13</sup> nicht übernehmen müssen und die – von Kanton zu Kanton anders berechnete – Ausnützungsziffer (AZ) beibehalten können,<sup>14</sup> wovon mehrere Konkordatskantone in unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht haben.

Die 30 zu vereinheitlichenden Begriffe finden sich in einem Anhang 1 zur IVHB, zugehörige Skizzen in einem Anhang 2. Die IVHB samt ihren Anhängen ist nicht self-executing, also unmittelbar anwendbar; sie muss von den beigetretenen Kantonen zunächst ins kantonale Recht überführt werden. Es handelt sich also um ein *mittelbar rechtsetzendes Konkordat*.<sup>15</sup> Gemäss Art. 2 Abs. 3 IVHB haben die Kantone ihre Gesetzgebung innert drei Jahren nach dem Beitritt anzupassen und die Fristen für deren Umsetzung in der Nutzungsplanung zu bestimmen.<sup>16</sup>

### III. Umsetzung in den IVHB-Kantonen

#### A. Aargau

§ 50a des Baugesetzes (BauG)<sup>17</sup> mit der Sachüberschrift «Harmonisierung der Baubegriffe» delegiert die Definition der Baubegriffe und Messweisen an den Regierungsrat («Der Regierungsrat definiert [...]»). Gemäss § 16 der Bauverordnung (BauV)<sup>18</sup> «gelten» die Baubegriffe und Messweisen der IVHB, die in Anhang 1 der Verordnung aufgeführt sind und in Anhang 2 durch Skizzen ergänzt werden. Nicht übernommen wurde jedoch die

Geschossflächenziffer;<sup>19</sup> es gilt weiterhin die Ausnützungsziffer (§ 32 BauV).<sup>20</sup> Die §§ 17–31 BauV enthalten Ergänzungen des kantonalen Rechts zur IVHB.

§ 64 Abs. 1 BauV setzt den Gemeinden eine Frist von zehn Jahren seit dem 1. September 2011, um ihre allgemeinen Nutzungspläne an die neuen Begriffe und Messweisen anzupassen; solange die Anpassung nicht erfolgt ist, gelten die bisherigen Bestimmungen gemäss Anhang 3 BauV weiter. Für die nicht IVHB-konformen Begriffe «Gebäudehöhe» und «Firsthöhe» in altrechtlichen Sondernutzungsplänen enthält § 64 Abs. 2 BauV eine besondere Regelung.

#### B. Appenzell Innerrhoden

Der Kanton Appenzell I.Rh. ist per 1. Januar 2016 der IVHB beigetreten. In der Verordnung zum Baugesetz von 2012 (BauV)<sup>21</sup> waren die IVHB-Begriffe bereits ins kantonale Recht übernommen worden (Art. 33 ff.),<sup>22</sup> weshalb der Beitritt zur IVHB keinen Anpassungsbedarf auslöste.<sup>23</sup> Der Kanton hat zwar die Geschossflächenziffer übernommen (Art. 67 BauV), *daneben* aber auch die Ausnützungsziffer wieder eingeführt (Art. 67a BauV). «Das zulässige Mass der Bebauung und Nutzung gilt als erfüllt, wenn entweder die Geschossflächenziffer oder die Ausnützungsziffer eingehalten ist» (Art. 72 Abs. 1 BauV).

Die bestehenden Nutzungs- und Quartierplanungen sind innert 15 Jahren (wohl seit dem 1. Januar 2013<sup>24</sup>) an das neue Recht anzupassen, wobei die Standeskommission diese Frist «angemessen verlängern» kann (Art. 88 Abs. 1 BauV). Werden Nutzungs- oder Quartierpläne ge-

Gemeinde anstelle des IVHB-Begriffs «Fassadenhöhe» den Begriff «Traufhöhe» beibehalten hat (BGer, 1C\_176/2017, 11.7.2017, E. 7.5).

<sup>12</sup> Dieses setzt sich aus den Baudirektorinnen und -direktoren der IVHB-Kantone zusammen (vgl. Art. 3 IVHB).

<sup>13</sup> Ziff. 8.2 Anhang 1 IVHB.

<sup>14</sup> Beschluss des Interkantonalen Organs Harmonisierung Baubegriffe vom 15. Januar 2009 zur Ausnahmeregelung «Ausnützungsziffer – Geschossflächenziffer» ([www.bpuk.ch](http://www.bpuk.ch) > Konkordate > IVHB).

<sup>15</sup> STALDER/TSCHIRKY (FN 11), N 3.352; vgl. auch Musterbotschaft IVHB (FN 4), 12. Missverständlich BGer, 1C\_157/2016, 6.9.2016, E. 3.4.4, wonach die IVHB vor Ablauf der Umsetzungsfrist «noch nicht angewendet werden musste».

<sup>16</sup> Die ursprüngliche Fassung setzte den Kantonen eine Anpassungsfrist «bis Ende 2012». Sie wurde vom IOHB zweimal revidiert: zunächst am 26. November 2010 («Kantone, welche nach 2010 beitreten, passen ihre Gesetzgebung bis Ende 2015 an») und dann erneut am 1. Mai 2015 (heutige Fassung).

<sup>17</sup> Gesetz vom 19. Januar 1993 über Raumentwicklung und Bauwesen (Baugesetz, BauG; SAR 713.100).

<sup>18</sup> Bauverordnung vom 25. Mai 2011 (BauV; SAR 713.121).

<sup>19</sup> Vgl. Fussnote zu Ziff. 8.2 Anhang 1 BauV; CHRISTIAN HÄUPTLI, in: Andreas Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 50a/51 N 4, 24 ff., 32 f.

<sup>20</sup> Bei Erlass des BauG ging man noch davon aus, dass es nicht möglich sei, die Ausnützungsziffer beizubehalten (HÄUPTLI [FN 19], § 50a/51 N 28). Deshalb regelte der Gesetzgeber in einer Übergangsbestimmung, dass die Gemeinden befugt bleiben, Dach- und Untergeschosse von der Berechnung der Ausnützungsziffer auszunehmen, bis die Ausnützungsziffer «durch einen interkantonal harmonisierten Baubegriff ersetzt» und die Anpassungsfrist abgelaufen ist (§ 169 Abs. 8 BauG).

<sup>21</sup> Verordnung vom 22. Oktober 2012 zum Baugesetz (BauV; GS 700.010).

<sup>22</sup> Die BauV stützt sich auf Art. 92 des Baugesetzes vom 29. April 2012 (BauG; GS 700.000), wonach der Grosse Rat die erforderlichen Ausführungsbestimmungen erlässt.

<sup>23</sup> Botschaft der Standeskommission vom 15. September 2015 an den Grossen Rat des Kantons Appenzell I.Rh. zum Grossratsbeschluss für den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB), 2.

<sup>24</sup> Vgl. Art. 89 BauV.

ändert, müssen sie gleichzeitig angepasst werden (Art. 88 Abs. 2 BauV).

### C. Basel-Landschaft

Die Übernahme der IVHB-Begriffe erfolgte zum kleineren Teil im Raumplanungs- und Baugesetz (RBG)<sup>25</sup> (§§ 90 f.), hauptsächlich aber in der Raumplanungs- und Bauverordnung (RBV)<sup>26</sup> (Abschnitt 7), wobei eine Reihe von Begriffen – Gebäude, vorspringende bzw. rückspringende Gebäudeteile, Gesamthöhe, Baubereich, Geschossflächenziffer und Baumassenziffer – nicht übernommen wurden.<sup>27</sup> Die Ausnutzungsziffer wurde beibehalten (§ 49 RBV), aber hinsichtlich der Definition der Bruttogeschossfläche modifiziert.

Die Gemeinden müssen ihre Vorschriften innert 15 Jahren<sup>28</sup> seit dem 1. Januar 2015 anpassen, wobei der Regierungsrat diese Frist auf Gesuch hin erstrecken kann (§ 139a Abs. 1 und 2 RBG).

### D. Bern

Die IVHB-Begriffe wurden in einer separaten Verordnung über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV)<sup>29</sup> übernommen. Der Aufbau der BMBV lehnt sich eng an Anhang 1 IVHB an. Die BMBV enthält jedoch, wie die IVHB selbst, keine Masse; diese können von den Gemeinden in ihren Baureglementen festgelegt werden.<sup>30</sup>

Für die Gemeinden läuft eine Frist bis 31. Dezember 2020, um ihre baurechtliche Grundordnung anzupassen (Art. 34 Abs. 1 BMBV). Bis zur Anpassung gelan-

gen weiterhin die Art. 93–98 Abs. 1 der Bauverordnung (BauV)<sup>31</sup> zur Anwendung (Art. 34 Abs. 2 BMBV). In der Zwischenzeit kann die BMBV jedoch als Auslegungshilfe beigezogen werden.<sup>32</sup> Ab dem 1. Januar 2021 gelten in säumigen Gemeinden unmittelbar die Bestimmungen der BMBV (Art. 34 Abs. 3 BMBV) – eine wenig durchdachte Regelung, weil die BMBV wie erwähnt keine Masse enthält; es werden dann also im wahrsten Sinne des Wortes masslose Regelungen zur Anwendung kommen. Für Überbauungsordnungen im Sinn von Art. 88 f. des Baugesetzes (BauG)<sup>33</sup>, die bei Inkrafttreten der BMBV am 1. August 2011 bereits beschlossen waren, gilt die Anpassungspflicht nicht, ebenso wenig für spätere Änderungen solcher Überbauungsordnungen (Art. 34 Abs. 5 BMBV).

### E. Freiburg

Gemäss Art. 119 Abs. 2 Satz 1 des Raumplanungs- und Baugesetzes (RPBG)<sup>34</sup> sind die Definitionen und Messweisen der IVHB «anwendbar, sofern kantonale oder kommunale Vorschriften Begriffe dieser Vereinbarung verwenden». Die Übernahme der IVHB-Begriffe erfolgte also nicht durch deren Integration ins kantonale Recht, sondern durch eine pauschale *Verweisung*.<sup>35</sup> Allerdings enthalten die Art. 75–81 des Ausführungsreglements (RPBR)<sup>36</sup> ergänzende Regelungen, insbesondere betreffend die Masse.

Für die Gemeinden galt eine Frist von fünf Jahren seit dem 1. Januar 2010, um ihre Ortspläne anzupassen (Art. 175 Abs. 1 RPBG). Sofortige Geltung beanspruchte indes die Geschossflächenziffer (Art. 178 Abs. 1 RPBG). Hierfür enthält Anhang 1 RPBG eine Konkordanztafel für die Umrechnung der Werte der Ausnutzungsziffer in jene der Geschossflächenziffer (Multiplikation mit dem Faktor 1,333<sup>37</sup>). Wo dies wegen der unterschiedlichen

<sup>25</sup> Raumplanungs- und Baugesetz vom 8. Januar 1998 (RBG; SGS 400); § 90 RBG regelt den Grenzabstand, § 91 RBG den Gebäudeabstand.

<sup>26</sup> Verordnung vom 27. Oktober 1998 zum Raumplanungs- und Baugesetz (RBV; SGS 400.11).

<sup>27</sup> Vgl. dazu die Vorlage vom 30. April 2013 an den Landrat des Kantons Basel-Landschaft, Anpassungen des kantonalen Raumplanungs- und Baugesetzes (RBG, SGS 400) an die Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB) (zit. Vorlage Landrat), 16 ff.

<sup>28</sup> «Diese lange Frist resultiert aus den Erfahrungen des Kantons mit der Anpassung der kommunalen Zonenvorschriften an das heutige RBG, das vom 8. Januar 1998 datiert und bis heute noch nicht von allen Gemeinden vollständig umgesetzt worden ist» (Vorlage Landrat [FN 27], 9).

<sup>29</sup> Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3). Die BMBV stützt sich auf eine Delegation in Art. 144 Abs. 2 lit. g BauG (FN 33).

<sup>30</sup> Vgl. Art. 92 BauV (FN 31); Vortrag der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion vom 19. Mai 2011 an den Regierungsrat zur Verordnung über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV), 1.

<sup>31</sup> Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1).

<sup>32</sup> VGer BE, 100.2014.183, 30.3.2015, E. 4.3.3; 100.2013.447U, 5.3.2015, E. 4.3.3; 100.2013.187U, 13.8.2014, E. 4.4.1; BGer, 1C\_157/2016, 6.9.2016, E. 3.4.4 (betreffend den Kanton Schwyz). Die IVHB stellt allerdings keinen Grund für eine Praxisänderung dar (BGer, 1C\_169/2016, 18.8.2016, E. 2.5 [betreffend den Kanton Luzern]).

<sup>33</sup> Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

<sup>34</sup> Raumplanungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 2008 (RPBG; SGF 710.1).

<sup>35</sup> Vgl. Botschaft Nr. 67 des Staatsrats vom 15. April 2008 an den Grossen Rat zum Gesetzesentwurf über den Beitritt des Kantons Freiburg zur Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (zit. Botschaft Staatsrat), 38.

<sup>36</sup> Ausführungsreglement vom 1. Dezember 2009 zum Raumplanungs- und Baugesetz (RPBR; SGF 710.11).

<sup>37</sup> Wobei die Mindest-GFZ bei tiefen AZ-Werten 0,5 beträgt.



Regelung der anrechenbaren Flächen – insbesondere der Privilegierung von Dach- und Untergeschossen bei der AZ – zu einer vom Gesetzgeber nicht beabsichtigten Reduktion der Ausnützung führte, liess die Rechtsprechung eine Normkorrektur auf dem Weg der Ausnahmegewilligung zu.<sup>38</sup> Die Gemeinden hatten jedoch die Möglichkeit, die in der Konkordanztafel übergangsrechtlich festgelegten Werte im Rahmen der Revision ihrer Nutzungsplanung anzupassen.<sup>39</sup>

## F. Graubünden

Auch der Kanton Graubünden integrierte die IVHB nicht ins kantonale Recht, sondern setzte deren Übernahme wie folgt um:

Zum einen verpflichtet Art. 36 Abs. 1 Satz 1 der Raumplanungsverordnung (KRVO)<sup>40</sup> die Gemeinden – ohne präzisierende Vorgaben –, ihre Baugesetze an die IVHB anzupassen. Für die Anpassung gelten nach Satz 2 «sinngemäss» die Fristen von Art. 107 Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes (KRG)<sup>41</sup>. Daraus ergibt sich eine Anpassungsfrist von 15 Jahren – welche die Regierung «angemessen verlängern» kann –, wobei der Beginn des Fristenlaufs nicht eindeutig ist. Aufgrund der bloss sinngemässen Verweisung ist es wohl nicht der 1. November 2005 (Inkrafttreten des KRG),<sup>42</sup> sondern der 1. Oktober 2011 (Inkrafttreten des revidierten Art. 36 KRVO). Bis zur Anpassung richten sich die Begriffe und Messweisen nach den geltenden kommunalen Baugesetzen (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 KRVO). Schliesslich eröffnet Art. 37 Abs. 1 KRVO den Gemeinden die Möglichkeit, «zur Regelung des Nutzungsmasses neben oder anstelle der in der IVHB umschriebenen Nutzungsziffern auch das Instrument der Ausnützungsziffer (AZ) vor[z]usehen».<sup>43</sup>

Zum andern «gelten unmittelbar die in den Anhängen zur IVHB und in den dazugehörigen Erläuterungen [sic!]

enthaltenen Definitionen», soweit «das kantonale Raumplanungsrecht Begriffe und Instrumente [verwendet], die Gegenstand der IVHB bilden» (Art. 36 Abs. 2 KRVO). Dies ist insofern problematisch, als es zu einem Nebeneinander von altem und neuem Recht führen kann, solange eine Gemeinde ihr Baugesetz noch nicht an die IVHB angepasst hat. Zudem ist das kantonale Recht nicht durchwegs mit der IVHB vereinbar. So verwendet Art. 75 Abs. 3 KRG den Begriff «vorspringende Gebäudeteile», ohne jedoch die entsprechenden Maximalmasse festzulegen,<sup>44</sup> so dass die Verweisung auf die IVHB ins Leere geht; und Art. 76 Abs. 1 KRG definiert den Grenzabstand für offene überdachte Unterstände und dergleichen abweichend von Ziff. 7.1 Anhang 1 IVHB. Schliesslich kann die Pauschalanknüpfung der IVHB an kantonale Begriffe zu kniffligen Abgrenzungsfragen führen. So löst beispielsweise die Formulierung «Höhe [...] der Baute» in Art. 43 Abs. 1 KRVO, die im Zusammenhang mit den Anforderungen an das Baugespann steht, nicht etwa die Anwendbarkeit des IVHB-Begriffs «Gesamthöhe» aus.<sup>45</sup>

## G. Luzern

Gemäss § 112a Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (PBG)<sup>46</sup> regelt der Kanton abschliessend die Anwendbarkeit der Baubegriffe und Messweisen der IVHB. Hierzu enthält Abs. 2 einen Katalog von 12 Begriffen, der insbesondere auch die Masse festlegt.<sup>47</sup> Nicht übernommen hat der Kanton Luzern die Geschossdefinitionen (Voll-, Unter-, Dach- und Attikageschoss), die Geschossflächenziffer sowie die Baumassenziffer.<sup>48</sup> Im Übrigen wurde das gesamte PBG an die IVHB angepasst.<sup>49</sup> Ausführende Bestimmungen finden sich gestützt auf die Delegation in

<sup>38</sup> BGer, 1C\_458/2011, 29.2.2012, E. 4.2–4.6. Eine Ausnahmegewilligung setzt gemäss Art. 148 Abs. 1 RPBG allerdings «besondere Umstände» voraus. Solche liegen hier freilich nicht vor; vielmehr war die gesetzliche Übergangsregelung einfach zu wenig durchdacht. Vgl. dazu auch unten (III.P.) die Regelung im Kanton Wallis. Botschaft Staatsrat (FN 35), 38.

<sup>39</sup> Raumplanungsverordnung vom 24. Mai 2005 für den Kanton Graubünden (KRVO; BR 801.110). Die Befugnis der Regierung, Vorschriften über Begriffe und Messweisen zu erlassen, ergibt sich aus Art. 25 Abs. 5 KRG (FN 41).

<sup>40</sup> Raumplanungsgesetz vom 6. Dezember 2004 für den Kanton Graubünden (KRG; BR 801.100).

<sup>41</sup> So aber Departement für Volkswirtschaft und Soziales Graubünden, Arbeitshilfe zum KRG vom 1. Dezember 2010, 31.

<sup>42</sup> Zur Ausnützungsziffer vgl. Art. 37a KRVO; übergangsrechtlich ist Art. 37 Abs. 2 KRVO massgebend.

<sup>44</sup> Vgl. Ziff. 3.4 Anhang 1 IVHB.

<sup>45</sup> VGer GR, R 13 211, 4.3.2014, E. 10.

<sup>46</sup> Planungs- und Baugesetz vom 7. März 1989 (PBG; SRL 735).

<sup>47</sup> Zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von § 112a Abs. 2 PBG vgl. KGer LU, 7H 14 207, 11.1.2016 (LGVE 2016 IV Nr. 1); 7H 13 103, 9.9.2014, E. 5.2.2, betreffend lit. j (LGVE 2014 IV Nr. 7). Zur Verortung weiterer IVHB-Begriffe im kantonalen Recht vgl. KGer LU, 7H 14 207, 11.1.2016, E. 3.2.4.2 (LGVE 2016 IV Nr. 1).

<sup>48</sup> Botschaft des Regierungsrates vom 25. Januar 2013 an den Kantonsrat zu den Entwürfen eines Dekrets über die Genehmigung des Beitritts des Kantons Luzern zur Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB) vom 22. September 2005 und einer Teilrevision des Planungs- und Baugesetzes (B 62), 11.

<sup>49</sup> Vgl. FN 51.

§ 112a Abs. 3 PBG in der Planungs- und Bauverordnung (PBV)<sup>50</sup>.

Für die Gemeinden läuft eine Frist bis Ende 2023, um ihre Zonenpläne sowie ihre Bau- und Zonenreglemente anzupassen (§ 224 Abs. 1 PBG). Bis zur Anpassung gelten die in Anhang 1 PBG und Anhang 1 PBV aufgeführten bisherigen Bestimmungen weiter. Die neuen Bestimmungen des PBG<sup>51</sup> und der PBV<sup>52</sup> werden vom Regierungsrat gemeindeweise, zusammen mit der jeweiligen Genehmigung der entsprechenden Revision der Bau- und Zonenordnung, in Kraft gesetzt.<sup>53</sup> Für Bebauungs- und Gestaltungspläne enthält § 224 Abs. 2 PBG eine besondere intertemporalrechtliche Regelung.

## H. Neuenburg

Mit dem Gesetz zur Anpassung des kantonalen Rechts an die IVHB vom 6. November 2012<sup>54</sup> wurden mehrere Gesetze revidiert, insbesondere das Raumplanungsgesetz (LCAT)<sup>55</sup>, aber auch das Baugesetz (LConstr.)<sup>56</sup>. 2016 folgten eine umfängliche Anpassung des Ausführungsreglements zum Raumplanungsgesetz (REL CAT)<sup>57</sup> sowie eine Revision des Ausführungsreglements zum Baugesetz (RELConstr.)<sup>58</sup>.

Die Gemeinden müssen ihre Nutzungspläne und Baureglemente innert fünf Jahren seit dem 1. Januar 2017 an das neue Recht anpassen,<sup>59</sup> wobei der Staatsrat diese Frist im Einzelfall erstrecken kann.<sup>60</sup> Die fünfjährige Anpassungsfrist gilt auch für kantonale Nutzungspläne.<sup>61</sup> In der

Zwischenzeit bleiben eine Reihe von Bestimmungen in der bisherigen Fassung anwendbar.<sup>62</sup> Lückenfüllend oder im Sinne einer Auslegungshilfe kann die IVHB jedoch bereits herangezogen werden.<sup>63</sup>

## I. Nidwalden

Art. 2 des Planungs- und Baugesetzes (PBG)<sup>64</sup> übernimmt – ohne Wiederholung der entsprechenden Definitionen – 17 IVHB-Begriffe, und Art. 3 legt «zulässige Masse nach der IVHB» für Kleinbauten und Unterniveaubauten fest. Die Gemeinden haben ihre Zonenpläne sowie die Bau- und Zonenreglemente bis am 1. Januar 2019 an das PBG anzupassen (Art. 177 Abs. 1 PBG). Für den Säumnisfall sieht Art. 177 Abs. 4 PBG die Ersatzvornahme durch den Regierungsrat vor. Das 2014 erlassene PBG «tritt gemeindeweise mit dem Inkrafttreten der neuerechtlichen kommunalen Zonenpläne sowie Bau- und Zonenreglemente, spätestens am 1. Januar 2019 in Kraft» (Art. 207 Abs. 2 PBG).<sup>65</sup>

## J. Obwalden

Das Baugesetz (BauG)<sup>66</sup> wurde an die IVHB-Begriffe angepasst.<sup>67</sup> Gemäss Art. 66a BauG erlässt der Regierungsrat die zur Umsetzung der IVHB nötigen Bestimmungen. Dies scheint bis heute noch nicht erfolgt zu sein. Es handelte sich denn auch mehr um eine vorsorgliche Ermächtigung für den Fall, dass «gewisse präzisierende Regelungen» erforderlich sein sollten.<sup>68</sup>

<sup>50</sup> Planungs- und Bauverordnung vom 29. Oktober 2013 (PBV; SRL 736); vgl. FN 52.

<sup>51</sup> Gemäss Ziff. III der PBG-Revision vom 17. Juni 2013 (G 2013, 490 ff., 522): §§ 23–25, 27, 28, 75 Abs. 1 und 2, 112a Abs. 1, 120–126, 130, 132, 138 und 139 PBG. Betreffend § 112a Abs. 2 PBG vgl. FN 47.

<sup>52</sup> Gemäss § 69 Abs. 2 PBV: §§ 11–18 und 34–36 PBV.

<sup>53</sup> Vgl. den Beschluss vom 4. Juli 2017 über die gemeindeweise Inkraftsetzung von neuen Bestimmungen im Planungs- und Baurecht (SRL 736a).

<sup>54</sup> FO 2012 N° 46.

<sup>55</sup> Loi cantonale du 2 octobre 1991 sur l'aménagement du territoire (LCAT; RSN 701.0).

<sup>56</sup> Loi du 25 mars 1996 sur les constructions (LConstr.; RSN 720.0).

<sup>57</sup> Règlement d'exécution du 16 octobre 1996 de la loi cantonale sur l'aménagement du territoire (REL CAT; RSN 701.02); Änderung gemäss FO 2016 N° 50.

<sup>58</sup> Règlement d'exécution du 16 octobre 1996 de la loi sur les constructions (RELConstr.; RSN 720.1); Änderung gemäss FO 2016 N° 50.

<sup>59</sup> Übergangsbestimmungen Rev. LCAT und Rev. LConstr. vom 6. November 2012, je Abs. 1.

<sup>60</sup> Übergangsbestimmungen Rev. LCAT und Rev. LConstr. vom 6. November 2012, je Abs. 2.

<sup>61</sup> Übergangsbestimmung Rev. LCAT, Abs. 4.

<sup>62</sup> Übergangsbestimmung Rev. LCAT, Abs. 5; Übergangsbestimmung Rev. LConstr., Abs. 3; Übergangsbestimmung Rev. REL CAT vom 14. Dezember 2016, geändert am 20. Februar 2017 (FO 2017 N° 8); Übergangsbestimmung Rev. RELConstr. vom 14. Dezember 2016, geändert am 20. Februar 2017 (FO 2017 N° 8).

<sup>63</sup> TribCan NE, CDP.2014.348, 23.9.2015, E. 3; Conseil d'État NE, REC.2014.36, 12.11.2014, E. 4.3, 5.3; REC.2013.300, 17.9.2014, E. 4.2; BGer, 1C\_157/2016, 6.9.2016, E. 3.4.4 (betreffend den Kanton Schwyz).

<sup>64</sup> Gesetz vom 21. Mai 2014 über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Planungs- und Baugesetz, PBG; NG 611.1).

<sup>65</sup> Dies gilt gemäss § 71 Abs. 2 der Vollzugsverordnung vom 25. November 2014 zum Planungs- und Baugesetz (Planungs- und Bauverordnung, PBV; NG 611.11) auch für Teile der PBV; vgl. den Regierungsratsbeschluss vom 6. März 2018 über das Inkrafttreten der Planungs- und Baugesetzgebung (NG 611.111).

<sup>66</sup> Baugesetz vom 12. Juni 1994 (GDB 710.1).

<sup>67</sup> Vgl. Art. 18, 23, 23a, 36 ff. BauG.

<sup>68</sup> Botschaft des Regierungsrats vom 11. Februar 2014 zu einem Nachtrag zum Baugesetz betreffend die Umsetzung der Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB), 16.

Art. 64b BauG setzt den Gemeinden eine Frist von acht Jahren seit dem 1. Januar 2016, um ihre Ortsplanung dem neuen Recht anzupassen (Abs. 1). Bis zur Anpassung bleiben für die Gemeinden die bisherigen kantonalen und kommunalen Bestimmungen in Kraft (Abs. 2). «Passt eine Gemeinde ihre Ortsplanung nicht innert der Frist gemäss Absatz 1 an, so kann der Regierungsrat in Ausführungsbestimmungen festlegen, welche Bestimmungen dieses Gesetzes unmittelbar anwendbar sind und abweichenden kommunalen Vorschriften vorgehen» (Abs. 4).

## K. Schaffhausen

Die IVHB-Begriffe wurden im Anhang zum Baugesetz (BauG)<sup>69</sup> – in Verbindung mit Art. 27 BauG – integral übernommen, unter Ergänzung der entsprechenden Masse. Der Anhang zur BauV<sup>70</sup> enthält zugehörige Skizzen.

Die *Übergangsregelung* findet sich – regelungstechnisch eher aussergewöhnlich – in Fussnote 15 des BauG: «[...] Die Baubegriffe und Messweisen der Bauordnungen der Gemeinden bleiben so lange in Kraft, bis die betreffende Gemeinde die Bauordnung und allenfalls den Zonenplan angepasst hat. Dies hat innert drei Jahren ab Inkrafttreten dieses Gesetzes [am 1. Januar 2011] zu erfolgen. Der Regierungsrat kann diese Frist in begründeten Fällen verlängern [was er inzwischen generell bis Ende 2018 getan hat]. Nach Ablauf der Frist ist Art. 27 unmittelbar anwendbar. Die bestehenden Quartier- und Baulinienpläne, die diesem Gesetz widersprechen, sind spätestens innert fünf Jahren ab Inkrafttreten dieses Gesetzes anzupassen. Der Regierungsrat kann diese Frist angemessen verlängern. Nach Ablauf der Frist ist Art. 27 unmittelbar anwendbar. Die bestehenden Bestimmungen und Definitionen betreffend die Ausnutzungsziffer können beibehalten werden.»

## L. Schwyz

Der Kanton Schwyz ist auf den 1. Januar 2013 dem Konkordat beigetreten. Die entsprechende Anpassung des Planungs- und Baugesetzes (PBG)<sup>71</sup> ist nach wie vor *pendent*. Ihr Abschluss ist für Ende Juni 2019 vorgesehen.<sup>72</sup>

## M. Solothurn

Die Übernahme der IVHB-Begriffe erfolgte – gestützt auf § 131 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes (PBG)<sup>73</sup> – in der Kantonalen Bauverordnung (KBV)<sup>74</sup>, ergänzt durch Skizzen in Anhang I. Anhang II enthält die Masse der Grenz- und Gebäudeabstände.

Gemäss § 70 Abs. 3 KBV haben die Gemeinden ihre Zonenpläne und -reglemente innert zehn Jahren seit dem 1. März 2013 dem neuen Recht anzupassen. Bis zur Anpassung bleiben die bisherigen Bestimmungen des kantonalen Rechts in Kraft (§ 158<sup>bis</sup> PBG; § 70 Abs. 2 KBV).

## N. Thurgau

Gestützt auf § 19 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes (PBG)<sup>75</sup> hat der Regierungsrat in den §§ 22–33 der Planungs- und Bauverordnung (PBV)<sup>76</sup> «ergänzende Vorschriften» zur IVHB erlassen und darin namentlich die Masse festgelegt.

Die Anpassungsfristen für die Gemeinden betragen gemäss § 122 PBG fünf Jahre für Rahmennutzungspläne und 15 Jahre für Sondernutzungspläne (Abs. 1), je seit dem 1. Januar 2013, erstreckbar um höchstens fünf Jahre (Abs. 2). Sondernutzungspläne, die nach dem 1. Januar 2013 erlassen wurden bzw. werden, richten sich nach neuem Recht (Abs. 3). Bei Säumnis der Gemeinden «gelten unter Berücksichtigung der Messweisen gemäss IVHB die vom Regierungsrat für die Nutzungsziffern und die Höhenmasse festgelegten Umrechnungswerte» (Abs. 4); Letztere finden sich in § 57 Abs. 2 PBV für die Gebäude- bzw. Fassadenhöhe und im Anhang der PBV für die Umrechnung der Ausnutzungs- in die Geschossflächenziffer.<sup>77</sup> Regelungen der Gemeinden, die den unmittelbar anwendbaren Vorschriften des PBG widersprechen, «sind mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes aufgehoben» (§ 123 PBG).<sup>78</sup>

<sup>69</sup> Gesetz vom 1. Dezember 1997 über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht im Kanton Schaffhausen (Baugesetz; SHR 700.100).

<sup>70</sup> Verordnung vom 15. Dezember 1998 zum Baugesetz (BauV; SHR 700.101).

<sup>71</sup> Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987 (SRSZ 400.100).

<sup>72</sup> Aufgaben- und Finanzplan 2018–2021, 60.

<sup>73</sup> Planungs- und Baugesetz vom 3. Dezember 1978 (BGS 711.1).

<sup>74</sup> Kantonale Bauverordnung vom 3. Juli 1978 (BGS 711.61).

<sup>75</sup> Planungs- und Baugesetz vom 21. Dezember 2011 (RB 700).

<sup>76</sup> Verordnung des Regierungsrates vom 18. September 2012 zum Planungs- und Baugesetz und zur Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (RB 700.1).

<sup>77</sup> Zur Problematik dieser schematischen Umrechnung siehe bei FN 38.

<sup>78</sup> Vgl. dazu Departement für Bau und Umwelt, Erläuterungen zum Planungs- und Baugesetz, 6. Kapitel, 4; Merkblatt des Departements für Bau und Umwelt vom 9. Januar 2013, Ziff. II («PBG/PBV: Was ist ab dem 1. Januar 2013 direkt anwendbar? [Schwerpunkte]»).



## O. Uri

Der Regierungsrat hat die IVHB-Begriffe – gestützt auf Art. 18 des Planungs- und Baugesetzes (PBG)<sup>79</sup> – im Anhang des Reglements zum Planungs- und Baugesetz (RPBG)<sup>80</sup> übernommen und durch die zulässigen Masse ergänzt. Diese gelten jedoch nur subsidiär, da den Gemeinden im Anhang des RPBG durchwegs die Befugnis eingeräumt wird, davon abzuweichen. Des Weiteren enthält der Anhang Skizzen. Nicht übernommen wurde die Geschossflächenziffer; an deren Stelle «können die Gemeinden ein anderes Nutzungsmass beibehalten oder einführen» (Art. 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 RPBG).

Die Gemeinden mussten ihre Nutzungspläne und die damit verbundenen Vorschriften innert fünf Jahren seit dem 1. Januar 2012 anpassen, wobei der Regierungsrat diese Frist um höchstens ein Jahr verlängern konnte (Art. 125 Abs. 2 Sätze 1 und 3 PBG). Im Übrigen ist die Übergangsregelung verwirrt: Einerseits gelten die «Vorschriften der Gemeinden, die diesem Gesetz oder darauf gestützter Ausführungsbestimmungen widersprechen, [...] als aufgehoben» (Art. 125 Abs. 1 PBG); dementsprechend sind die «Begriffe und Messweisen, wie sie in der IVHB und in diesem Reglement festgelegt sind, [...] im Planungs- und Baurecht des Kantons und der Gemeinden verbindlich» (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 RPBG). Andererseits blieben die kommunalen Nutzungspläne und die damit verbundenen Vorschriften während der fünf- bzw. sechsjährigen Anpassungsfrist in Kraft (Art. 125 Abs. 2 Satz 2 PBG). Was, wenn diese eine dem neuen Recht widersprechende Regelung enthielten?<sup>81</sup>

## P. Wallis

Gemäss Art. 4 Abs. 1 Satz 1 des Baugesetzes (BauG)<sup>82</sup> gelangt die IVHB zur Anwendung, «wenn das kantonale oder kommunale Recht Vorschriften unter Verwendung der Definitionen der IVHB erlässt». Die IVHB-Begriffe wurden an jeweils passender Stelle ins BauG und in die Bauverordnung (BauV)<sup>83</sup> integriert.

Für die Gemeinden läuft eine Frist von sieben Jahren seit dem 1. Januar 2018, um ihr Bau- und Zonenreglement (BZR) anzupassen (Art. T1-1 Abs. 2 BauG). Grundsätzlich sind das neue BauG und die neue BauV sofort anwendbar (Art. T1-1 Abs. 1 Satz 1 BauG; Art. T1-1 Satz 1 BauV). Dementsprechend wurde die Ausnützungsziffer mit dem Inkrafttreten des BauG durch die Geschossflächenziffer ersetzt (Art. T1-1 Abs. 1 lit. a Satz 1 BauG). Anhang 1 der BauV enthält für die Zeitspanne bis zur Anpassung der kommunalen BZR eine Umrechnungstabelle ( $AZ \times 1,333 = GFZ$ ), allerdings unter folgendem Vorbehalt: «Die Einführung der neuen Bauziffer soll keinesfalls zu einer Verringerung des Baupotenzials führen» (Art. T1-1 Abs. 1 lit. a Satz 3 BauG).<sup>84</sup> In einem solchen Fall ist die Berechnung nach bisheriger Ausnützungsziffer massgebend.<sup>85</sup> Generell «nach altem Recht berechnet» werden in der Übergangszeit die Gesamthöhe und die Fassadenhöhe (Art. T1-1 Abs. 1 lit. b BauG), womit wohl auch die Weitergeltung der bisherigen Begriffe gemeint ist.

## Q. Zug

Gestützt auf die Ermächtigung in § 3 Abs. 2 lit. a des Planungs- und Baugesetzes (PBG)<sup>86</sup> erklärte der Regierungsrat den Beitritt des Kantons Zug zur IVHB per 1. Januar 2015 (§ 48 der Verordnung zum PBG [V PBG]<sup>87</sup>). Am 29. Mai 2018 verabschiedete der Regierungsrat den Entwurf einer Totalrevision der V PBG und liess dazu bis 15. September 2018 ein Vernehmlassungsverfahren durchführen.<sup>88</sup> Im Verordnungsentwurf (E-V PBG) werden die IVHB-Begriffe übernommen und durch die entsprechenden Masse ergänzt. Zum Teil sind aber auch materielle Ergänzungen bzw. Abweichungen von den IVHB-Definitionen vorgesehen, so bei den Begriffen «massgebendes Terrain» (§ 11), «Unterniveaubauten» (§ 19 Abs. 2), «Untergeschosse» (§ 23 Abs. 2), «Attikageschosse» (§ 25 Abs. 1), «Gebäudelänge und -breite» (§ 30), «Gesamthöhe» und «Fassadenhöhe» (§ 31). Die

<sup>79</sup> Planungs- und Baugesetz vom 13. Juni 2010 (RB 40.1111).

<sup>80</sup> Reglement vom 6. Dezember 2011 zum Planungs- und Baugesetz (RPBG; RB 40.1115).

<sup>81</sup> Verwirrt auch OGer UR, OG V 16 17, 21.4.2017, E. 2c, wonach es nicht darauf ankam, welche Fassung der kommunalen Bau- und Zonenordnung zur Anwendung gelangte, «nachdem für das vorliegende Bauprojekt, welches erst im Dezember 2014 eingereicht wurde, jedenfalls die Baubegriffe der IVHB beziehungsweise des RPBG gelten».

<sup>82</sup> Baugesetz vom 15. Dezember 2016 (BauG; SGS 705.1).

<sup>83</sup> Bauverordnung vom 22. März 2017 (BauV; SGS 705.100).

<sup>84</sup> Zur Problematik einer schematischen Umrechnung siehe bei FN 38.

<sup>85</sup> Botschaft vom 23. März 2016 zum Entwurf für die Änderung des Baugesetzes vom 8. Februar 1996, 24.

<sup>86</sup> Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998 (PBG; BGS 721.11).

<sup>87</sup> Verordnung vom 16. November 1999 zum Planungs- und Baugesetz (V PBG; BGS 721.111).

<sup>88</sup> Die Vernehmlassungsunterlagen finden sich unter [www.zg.ch](http://www.zg.ch) > Behörden > Regierungsrat > Vernehmlassungen > Totalrevision der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz (V PBG).

Ausnutzungsziffer wird beibehalten (§§ 34–36). Die neue Verordnung soll am 1. Januar 2019 in Kraft treten.

Die kommunalen Bauvorschriften sind bis Ende 2025 an die Baubegriffe und Messweisen der IVHB anzupassen (§ 71 Abs. 2 PBG). Dabei dürfen die Anpassungen «für die Baugrundstücke die Bau- und Nutzungsmöglichkeiten nicht vermindern» (§ 71 Abs. 3 PBG). Bis zur Anpassung des kommunalen Rechts soll weiterhin altes Recht gelten (§ 74 Abs. 1 E-V PBG). Auf Baugesuche, welche im Zeitpunkt des Inkrafttretens des angepassten kommunalen Rechts hängig sind, soll das für die Bauherrschaft günstigere Recht zur Anwendung kommen (§ 74 Abs. 2 E-V PBG). Auf altrechtliche Sondernutzungspläne soll das bisherige Recht anwendbar bleiben, solange sie nicht an das neue Recht angepasst worden sind (§ 75 E-V PBG).

#### IV. Sonderfall Kanton Zürich

Am 8. Juni 2015 lehnte der Zürcher Kantonsrat den Beitritt zur IVHB ab. Die bürgerliche Ratsmehrheit hatte die Vorlage zur Anpassung des Planungs- und Baugesetzes (PBG)<sup>89</sup> dazu benutzt, die «Baufreiheit» der Grundeigentümer zu erweitern, was zur Ablehnung der Vorlage durch die Ratslinke und zu einer unheiligen ablehnenden Allianz führte.<sup>90</sup> Gleichwohl verabschiedete der Kantonsrat am 14. September 2015 die entsprechende PBG-Revision «Harmonisierung der Baubegriffe» – als bemerkenswerten Akt *autonomen Nachvollzugs!* Die Übergangsbestimmung räumt den Gemeinden ab dem Inkrafttreten der Revision am 1. März 2017<sup>91</sup> acht Jahre Zeit ein, um ihre Bau- und Zonenordnungen (BZO) anzupassen.<sup>92</sup> Bis zur Anpassung gilt die bisherige Fassung des Gesetzes weiter; Sonderbauvorschriften und Gestaltungspläne müssen nicht angepasst werden. Die Gesetzesrevision zog eine

Anpassung der Allgemeinen Bauverordnung (ABV)<sup>93</sup> sowie weiterer Verordnungen vom 11. Mai 2016 nach sich.

Was gilt, wenn eine Gemeinde ihre BZO am 1. März 2025 nicht angepasst hat, ist offen. Unklar ist des Weiteren, welches Recht bis zur Anpassung der BZO auf neue Sonderbauvorschriften und Gestaltungspläne zur Anwendung kommt und was bei bestehenden Sonderbauvorschriften und Gestaltungsplänen nach der Anpassung der BZO mit Begriffen wie Gebäudehöhe, Firsthöhe oder Freiflächenziffer geschieht, die das kantonale Recht dann nicht mehr kennt. Hier wird wohl das bisherige Recht analog als ungeschriebenes kommunales Recht weitergelten – ein rechtlicher Murks, der in erster Linie zu Rechtsunsicherheiten führt.

#### V. Probleme

##### A. Generelle Problematik von Konkordaten

Versuche, auf dem Konkordatsweg in einem bestimmten Bereich eine *Rechtsvereinheitlichung* herbeizuführen – insbesondere eine gesamtschweizerische –, sind grundsätzlich problematisch, und zwar aus einer Reihe von Gründen:<sup>94</sup>

- Bei einem Konkordat findet kein normaler Gesetzgebungsprozess mit einem Vorverfahren innerhalb der Fachverwaltungen und einem parlamentarischen Verfahren statt. Vielmehr wird es durch Vertreter der kantonalen Exekutiven ausgearbeitet und beschlossen. Ein Vernehmlassungsverfahren findet nicht bzw. nur nach Gutdünken der betreffenden kantonalen Trägerkonferenz statt. Ein Referendum gibt es nicht. Rechtsetzende Konkordate leiden somit an einem erheblichen Demokratiedefizit.
- Die einzelnen Kantone können einem Konkordat lediglich beitreten oder nicht beitreten.
- Mängel eines Konkordats können nicht wie bei einem Gesetz oder einer Verordnung durch eine blosse Revision behoben werden. Vielmehr müssen die Kantone dem revidierten Konkordat erneut beitreten – wenn sie dies wollen –, und das kantonale Recht muss in der Folge angepasst werden, falls es sich um ein mittelbar rechtsetzendes Konkordat handelt. Dies kann dazu führen, dass je nach Kanton die alte oder die revidierte Fassung des Konkordats massgebend ist.

<sup>89</sup> Planungs- und Baugesetz vom 7. September 1975 (PBG; LS 700.1).

<sup>90</sup> «Die FDP hat die Gelegenheit ergriffen, das Baurecht zu lockern. Deshalb schaltete das rot-grüne Lager auf stur. Und weil die SVP interkantonalen Vereinbarungen grundsätzlich misstraut, war im Kantonsrat das Los des Konkordats besiegelt» (STEFAN HOTZ, Zürich tritt Bau-Konkordat nicht bei, NZZ vom 9.6.2015, 17).

<sup>91</sup> Der Inkraftsetzungsbeschluss des Regierungsrats war geradezu orakelhaft: «Die Verordnungsänderungen und die Änderung vom 14. September 2015 des Planungs- und Baugesetzes (PBG) treten am 1. Tag des zweiten auf die Genehmigung der Änderung der Allgemeinen Bauverordnung und der Besonderen Bauverordnung II durch den Kantonsrat folgenden Monats in Kraft» (RRB vom 11. Mai 2016; ABI vom 27. Mai 2016).

<sup>92</sup> Ein Überblick über den Stand der BZO-Anpassungen in den Gemeinden findet sich unter [www.baugesuche.zh.ch](http://www.baugesuche.zh.ch) > Rund ums Bauen > Harmonisierung Baubegriffe.

<sup>93</sup> Allgemeine Bauverordnung vom 22. Juni 1977 (ABV; LS 700.2).

<sup>94</sup> Kritisch auch RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. A., Basel 2016, N 873; IVANOV (FN 6), 472 ff.

- Ob eine gesamtschweizerische Rechtsvereinheitlichung zustande kommt, liegt im Belieben der einzelnen Kantone.<sup>95</sup>

## B. Keine gesamtschweizerische Rechtsvereinheitlichung

Dass durch die IVHB keine gesamtschweizerische Rechtsvereinheitlichung (genauer: Teil-Rechtsvereinheitlichung) zustande kommt, dürfte inzwischen klar sein. Mehrere Kantone stehen abseits und haben sich gegen einen Beitritt entschieden. Auch hat das Konkordatsorgan selbst mit seinem Entscheid, die Beibehaltung der Ausnutzungsziffer zu erlauben, zum Fortbestand der Vielfalt beigetragen.

## C. Handwerkliche Mängel der IVHB

Die Umsetzung in den einzelnen Kantonen wirft, wie dargelegt wurde, viele Fragen auf. Aber auch mit Blick auf die IVHB selbst ist man – in Anlehnung an KARL KRAUS, den scharfzüngigen Sprachvirtuosen – geneigt zu sagen: Je näher man hinsieht, desto ferner sieht es zurück.<sup>96</sup> So finden sich darin mehrere schwerverständliche bis untaugliche und zum Teil mehrfach ineinander verschachtelte Legaldefinitionen. *Untergeschosse* etwa «sind Geschosse, bei denen die Oberkante des fertigen Bodens, gemessen in der Fassadenflucht, im Mittel höchstens bis zum zulässigen Mass über die Fassadenlinie hinausragt» (Ziff. 6.2 Anhang 1 IVHB). Erst durch Konsultation von Figur 6.2 in Anhang 2 IVHB wird einigermaßen klar, wie dies zu verstehen ist. Kommt hinzu, dass die Legaldefinition zwei weitere Begriffe enthält, die ihrerseits aufeinander bezogen sind: Fassadenlinie und Fassadenflucht. Die *Fassadenlinie* «ist die Schnittlinie von Fassadenflucht und massgebendem Terrain» (Ziff. 3.2 Anhang 1 IVHB). Die *Fassadenflucht* «ist die Mantelfläche, gebildet aus den lotrechten Geraden durch die äussersten Punkte des Baukörpers über dem massgebenden Terrain: Vorspringende und unbedeutend rückspringende Gebäudeteile werden nicht berücksichtigt» (Ziff. 3.1 Anhang 1 IVHB). Darin wird auf weitere Legaldefinitionen verwiesen: *vorspringende Gebäudeteile*, *rückspringende Gebäudeteile*, *massgebendes Terrain*.

Kann man dies noch der Rubrik Denksportaufgaben zuordnen, so hört der Spass beim Begriff des *massgebenden Terrains* – einer Referenzgrösse für die Bestimmung mehrerer wichtiger Gebäudeparameter – endgültig auf.<sup>97</sup> Als massgebendes Terrain gilt gemäss Ziff. 1.1 Satz 1 Anhang 1 IVHB «der natürlich gewachsene Geländeverlauf». Abzustellen ist «auf den seit langem bestehenden, weitgehend durch natürliche Prozesse entstandenen Geländeverlauf [...] und nicht auf einen Geländeverlauf, der auf menschliche Eingriffe wie frühere Abgrabungen und Aufschüttungen zurückgeht».<sup>98</sup> Das Problem: Der Geländeverlauf wird bereits seit Jahrtausenden durch menschliche Eingriffe mitbeeinflusst. Als Rückfallposition hält Satz 2 von Ziff. 1.1 Anhang 1 IVHB fest: «Kann dieser [der natürlich gewachsene Geländeverlauf] infolge früherer Abgrabungen und Aufschüttungen nicht mehr festgestellt werden, ist vom natürlichen Geländeverlauf der Umgebung auszugehen.» Abgesehen davon, dass sich schon der Geländeverlauf der Umgebung, wie er vor dem heutigen bestand, oftmals nicht leicht bestimmen lässt, insbesondere in dicht überbauten Gebieten, führt Satz 2 auf das gleiche Problem zurück wie Satz 1: Auch hier dürfte es in vielen Fällen unmöglich sein, den Geländeverlauf vor dem ersten menschlichen Eingriff festzustellen. Das IOHB scheint dies erkannt zu haben, indem es in die IVHB-Erläuterungen, Ziff. 1.1 (4), einen schon fast etwas hilflos wirkenden Appell einfügte: «Bauwilligen sollte von den Kantonen ein Verfahren zur Verfügung gestellt werden, mit dem sie vor der Ausarbeitung eines konkreten Bauprojekts den Verlauf des massgeblichen Terrains rechtsverbindlich klären können.» Solche Verfahren müssten indessen wie ein baurechtliches Vorentscheidverfahren ausgestaltet sein, mit voller Publizität und Rechtsschutzmöglichkeit für Dritte, was für den Bauherrn bedeutet, dass er unter Umständen zwei Verfahren (einschliesslich Rechtsmittelverfahren) durchlaufen muss.

<sup>97</sup> Vgl. auch PETER HEER/CHRISTIAN MUNZ, IVHB – Ein Werkstattbericht aus dem Kanton Aargau, Anwaltsrevue 2013, 440 ff., 441 ff.

<sup>98</sup> IOHB, IVHB-Erläuterungen, Stand 3.9.2013 ([www.bpuk.ch](http://www.bpuk.ch) > Konkordate > IVHB), Ziff. 1.1 (2). Mit gewissem Erstaunen nimmt man allerdings die Auffassung des Verwaltungsgerichts Graubünden zur Kenntnis, die IVHB habe an der bündnerischen Praxis, wonach mehr als zehn Jahre zurückliegende Terrainveränderungen grundsätzlich als gewachsener Boden (und damit als massgebendes Terrain) gelten, nichts geändert (VGer GR, R 16 38, 22.11.2016, E. 3d; R 14 45, 6.1.2015, E. 4a). Ebenso scheint das Verwaltungsgericht Solothurn davon auszugehen, dass das vor Baubeginn bestehende Terrain weiterhin als das grundsätzlich massgebende zu betrachten ist (VGer SO, VWBES.2016.46, 6.6.2016, E. 6.1.2 [SOG 2016 Nr. 15]; VWBES.2006.117, 22.8.2006, E. 3 [SOG 2006 Nr. 20]).

<sup>95</sup> Art. 48a BV sieht für bestimmte, hier nicht interessierende Bereiche allerdings die (problematische) Möglichkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung oder einer Beteiligungspflicht vor.

<sup>96</sup> Im Original: «Je näher man ein Wort ansieht, desto ferner sieht es zurück» (Die Fackel vom 8.7.1911, 34).



Ein weiterer, klassischer Rechtsetzungsmangel sind *materiellrechtliche Regelungen*, die in *Legaldefinitionen verpackt* werden (bekanntes Schulbeispiel aus Deutschland: «Das Betreten des Frauenbades ist ausschliesslich Frauen gestattet. Auch der Bademeister gilt als Frau» [anstatt: «Für den Bademeister gilt eine Ausnahme»]). So sind *vorspringende Gebäudeteile* nicht etwa Gebäudeteile, die über die Fassadenflucht hinausragen, ergänzt durch eine separate materiellrechtliche Regelung des Masses, welches nicht überschritten werden darf. Vielmehr wird beides in der Legaldefinition miteinander verquickt: «Vorspringende Gebäudeteile ragen höchstens bis zum zulässigen Mass (für die Tiefe) über die Fassadenflucht hinaus und dürfen – mit Ausnahme der Dachvorsprünge – das zulässige Mass (für die Breite), beziehungsweise den zulässigen Anteil bezüglich des zugehörigen Fassadenabschnitts, nicht überschreiten» (Ziff. 3.4 Anhang 1 IVHB). Die Konsequenz: Ein vorspringender Gebäudeteil, der das zulässige Tiefenmass – im Kanton Zürich 2 m (§ 6c Abs. 1 ABV) – überschreitet, ist kein vorspringender Gebäudeteil im Sinne des Gesetzes, sondern ein undefinierter anderer Bauteil.<sup>99</sup> Die weitere, schwerer wiegende Konsequenz: Wo von «vorspringendem Gebäudeteil» die Rede ist, sind die zulässigen Masse jeweils stillschweigend mitgemeint, was Grundeigentümer und Behörden, aber auch nichtspezialisierte Juristinnen und Juristen rasch überfordert. Hierzu ein Beispiel: Im Kanton Zürich dürfen vorspringende Gebäudeteile wie Erker, Balkone, Aussentreppen oder Vordächer gemäss rev. § 100 PBG bis 2 m in den Baulinienbereich (d.h. den Bereich zwischen zwei Baulinien) hineinragen, wobei in der Vertikalen ein Abstand von in der Regel 3 m einzuhalten ist. Das 3-Meter-Vertikalmass findet sich nach wie vor in § 100 Abs. 3 PBG; das Horizontalmass von 2 m (bisher 1,5 m) ist jedoch aus dem Gesetzeswortlaut verschwunden, weil der Begriff «vorspringender Gebäudeteil» stillschweigend auf die Legaldefinition in § 6c ABV verweist, welche ihrerseits die Masszahl enthält. Der unwissende Leser des Gesetzestextes wird also geradezu in die Irre geführt und muss annehmen, es gelte zwar eine Vertikal-, aber keine Tiefenbeschränkung mehr.

<sup>99</sup> Offenbar anders Standeskommission AI, Beschluss 781, 1.7.2014, E. 4 (Anhang Geschäftsbericht 2014 über die Staatsverwaltung und Rechtspflege an den Grossen Rat des Kantons Appenzell I.Rh., 12 f.). Desgleichen handelt es sich bei einem Balkon, der sich über die ganze Fassadenlänge erstreckt, nicht um einen «vorspringenden Gebäudeteil», wenn die Gemeinde kein maximales *Breitenmass* festgelegt hat, wofür im Kanton Bern die Gemeinden zuständig sind (Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion BE, 110/2014/26, 19.8.2014, E. 5).

## D. Grosse Diversität bei der kantonalen Umsetzung

Wie dargelegt, bestehen hinsichtlich der Umsetzung der IVHB in den einzelnen Kantonen sehr grosse Unterschiede. Es macht geradezu den Anschein, als sei das Rad siebzehnmals neu erfunden worden. Dies gilt in *zeitlicher* Hinsicht mit Blick auf die unterschiedlich langen Umsetzungsfristen, vor allem aber in *sachlicher* Hinsicht: So variiert der Grad der Übernahme der IVHB-Begriffe von Kanton zu Kanton, ebenso die Art der Übernahme und die dabei angewandte Sorgfalt. Zudem ist das Ausführungsrecht – soweit überhaupt vorhanden – nicht nur unterschiedlich ausgestaltet, sondern auch in kantonale Normkontexte eingebettet, die weiterhin sehr heterogen sind. Schliesslich finden sich in den Übergangsregelungen alle erdenklichen Variationen, Mängel und Lücken.

Des Weiteren führt die Umsetzung des Konkordats zu einem grossen, wenn auch einmaligen *Implementierungsaufwand für die Gemeinden*. Diese können nicht einfach die alten durch die neuen Begriffe ersetzen. Vielmehr handelt es sich um einen partiellen Systemwechsel, weil sich mit den neuen Begriffen auch die massgebenden Parameter verändern; «eine unbesehene Übernahme von IVHB-Begriffen ohne Anpassung der materiell-rechtlichen Grundlagen hätte erhebliche und wohl ungewollte Veränderungen der bisher zulässigen Masse zur Folge».<sup>100</sup> Es empfiehlt sich also für die Gemeinden, die Konsequenzen der neuen Begriffe genau zu analysieren.

Im Übrigen wird die Anpassung an das neue Recht zu einer sprunghaften Zunahme von bestehenden Bauten führen, die in der einen oder anderen Hinsicht gegen die neuen Bestimmungen verstossen. Änderungen an solchen Bauten werden unter dem Aspekt der *Besitzstandsgarantie* zu beurteilen sein, welche in den meisten Kantonen nur rudimentär geregelt<sup>101</sup> und dementsprechend mit erheblichen Beurteilungsspielräumen bzw. Rechtsunsicherheiten behaftet ist.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> STALDER/TSCHIRKY (FN 11), N 3.355; für ein Beispiel (Umrechnung Ausnützungsziffer in Geschossflächenziffer) siehe bei FN 38.

<sup>101</sup> Im Kanton Zürich etwa in einer einzigen Bestimmung: § 357 PBG. Der Kanton Neuenburg fügte hierzu eigens Art. 12a in die LCAT ein (vgl. TribCan NE, CDP.2017.338, 16.4.2018, E. 2).

<sup>102</sup> Man erhält den Eindruck, dass sich die BPUK dessen nicht voll bewusst war, als sie Folgendes ausführte: «Nach einem Beitritt und der Umsetzung ins kantonale Recht entsprechen bestehende Gebäude den altrechtlichen Bestimmungen, während bei den neuen Bauten die Baubegriffe und Messweisen gemäss Konkordat zur Anwendung kommen. Diese Tatsache ist keineswegs problematisch, sondern wäre eine Folge auch jeder kantonalen Gesetzesrevision» (Musterbotschaft IVHB [FN 4], 15).



## E. Langjährige Doppelspurigkeiten

Altes und neues Recht werden noch viele Jahre nebeneinander bestehen, je nach dem Stand der Umsetzung innerhalb der einzelnen Kantone. Ebenso werden noch während vielen Jahren Rechtsmittelentscheide zum bisherigen Recht ergehen, mit der Zeit – und zunehmend – dann auch solche zum neuen Recht. Dabei werden *intertemporalrechtliche Fragen* während langer Zeit einen breiten Raum einnehmen.<sup>103</sup>

Selbst für Juristinnen und Juristen dürfte dieses – von Kanton zu Kanton ganz unterschiedliche – *Nebeneinander zweier Teilrechtsordnungen* unübersichtlich und sehr verwirrend sein. Dies zeigt sich nur schon in der Darstellung in den Gesetzessammlungen. So führt etwa der Kanton Zürich zwei separate Fassungen des PBG in seiner elektronischen Loseblattsammlung.<sup>104</sup> Die eine Fassung bezeichnet er mit «700.1\_7.9.75\_99.pdf», die andere mit «PBG\_in\_der\_Fassung\_bis\_28.2.2017.pdf». Darüber findet sich folgender Hinweis: «In Gemeinden, die ihre BZO noch nicht harmonisiert haben, gilt die bis 28.2.2017 in Kraft stehende Fassung des PBG [...]» Die Bezeichnung «in\_der\_Fassung\_bis\_28.2.2017» sowie die Erläuterung dazu sind jedoch insofern missverständlich, als künftige Gesetzesrevisionen auch in dieser Fassung nachzuführen sein werden, solange sie in einzelnen Gemeinden (derzeit in allen) noch gilt. Dies überforderte sogar die Staatskanzlei: Eine auf den 1. Januar 2018 in Kraft getretene Gesetzesrevision<sup>105</sup> wurde zwar in der neuen, nicht aber in der (vermeintlich) alten Fassung nachgeführt.

## F. Zusätzliche Rechtsmittelverfahren

Die IVHB-Regelungen sind, wie dargelegt, zum Teil kompliziert und wenig praktikabel. Vieles wird der Klärung durch Behördenpraxis und Rechtsprechung bedürfen. Dieser Prozess beginnt gewissermassen von vorn. Das heisst: Eine teilweise über Jahrzehnte verfestigte, differenzierte kantonale Praxis zu manch einer Frage wird mit einem Federstrich hinweggefeht. Stattdessen werden sich Verwaltungsbehörden und Gerichte von neuem an Lösungen für neu sich stellende Fragen herantasten müs-

sen, verbunden mit den entsprechenden Rechtsunsicherheiten während dieses Konsolidierungsprozesses.<sup>106</sup> Es wird sich weisen, wie homogen dieser Prozess zwischen den Konkordatskantonen verlaufen wird; der Koordinationsbedarf wird jedenfalls gross sein. Klar ist, dass das neue Recht während langer Zeit zu vielen zusätzlichen Rechtsmittelverfahren führen wird.

## G. Zur Kognition des Bundesgerichts

Von zentraler Bedeutung wird die Frage sein, ob und wie weit das Bundesgericht als oberste Rechtsmittelinstanz in der Lage ist, zu diesem Klärungs- und Vereinheitlichungsprozess beizutragen. Auch hier sind viele Fragen derzeit offen. Gemäss Art. 48 Abs. 5 BV haben die Kantone das interkantonale Recht zu «beachten». Dieses steht also grundsätzlich über dem kantonalen Recht.<sup>107</sup> Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann die Verletzung von interkantonalem Recht geltend gemacht werden (Art. 95 lit. e BGG). In Lehre und Rechtsprechung scheint jedoch unbestritten zu sein, dass nur *direkt anwendbare Normen* in interkantonalen Vereinbarungen als verletzt gerügt werden können.<sup>108</sup> Die Konkordatsnorm muss also justiziabel sein.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob die IVHB in diesem Sinne direkt anwendbar ist. Hierbei ist zu differenzieren: Sie ist insofern nicht direkt anwendbar, als sie von den Kantonen ins kantonale Recht überführt werden muss. Dabei haben die Kantone jedoch – atypischerweise – keinen inhaltlichen Spielraum, was die einzelnen Begriffe selbst anbelangt. Vielmehr müssen sie diese unverändert ins kantonale Recht «übernehmen» (Art. 2 Abs. 1 IVHB). Einen gewissen Spielraum haben sie lediglich hinsichtlich der Frage, ob sie alle oder nur einen Teil der 30 Begriffe

<sup>103</sup> Exemplarisch KGer LU, 7H 14 207, 11.1.2016 (LGVE 2016 IV Nr. 1); ferner OGer UR, OG V 16 17, 21.4.2017, E. 2 (vgl. dazu FN 81).

<sup>104</sup> Das Gleiche gilt auch für die Allgemeine Bauverordnung (ABV) und die Besondere Bauverordnung II (BBV II).

<sup>105</sup> Streichung von § 3 Abs. 4 PBG und Ersatz der Begriffe «Gemeinderat» und «Grosser Gemeinderat» durch «Gemeindevorstand» bzw. «Gemeindeparlament» im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des neuen Gemeindegesetzes.

<sup>106</sup> Beispiele: KGer FR, 602 2018 4/5, 28.5.2018, betreffend die Messweise der Fassadenhöhe bei Gebäuden mit Attikageschoss; KGer LU, 7H 13 103, 9.9.2014, E. 5.2.3 f., betreffend die Gebäudelänge (LGVE 2014 IV Nr. 7).

<sup>107</sup> Zur Tragweite von Art. 48 Abs. 5 BV im Einzelnen vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar, 2. A., Zürich 2017, Art. 48 N 17; RAINER J. SCHWEIZER/URSULA ABDERHALDEN, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2014, Art. 48 N 62; BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (FN 2), Art. 48 N 67 ff.

<sup>108</sup> BGE 125 II 86 E. 4; REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHKE/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2015, N 1558; BSK BGG-SCHOTT, Art. 95 N 67, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2011.

übernehmen wollen, ferner in Bezug auf die Masse, die vom Konkordat nicht vorgegeben werden, sowie hinsichtlich der Gestaltung der Übergangsregelung. Daraus ergibt sich Folgendes:

- Wenn gerügt wird, kantonales oder kommunales Recht *setze die IVHB nicht richtig um*, indem es z.B. von einer Legaldefinition des Konkordats abweicht oder weiterhin Begriffe enthält, die dem Konkordat widersprechen, sollte das Bundesgericht dies m.E. mit freier Kognition prüfen;<sup>109</sup> denn die Frage ist justiziabel, und es geht um eine unmittelbare Konkordatsverletzung.
- Wenn gerügt wird, *kantonales Recht*, welches lediglich einen Begriff der IVHB übernommen hat, sei *unrichtig ausgelegt bzw. angewendet* worden, sollte das Bundesgericht dies m.E. ebenfalls mit freier Kognition beurteilen. Auch unter diesem Aspekt ist das Konkordat justiziabel, und mittelbar wird ebenfalls eine Konkordatsverletzung geltend gemacht.<sup>110</sup>

Wie das Bundesgericht dies handhaben wird, ist angesichts der dargelegten Besonderheiten der IVHB freilich unsicher, solange das Bundesgericht die Frage selbst nicht entschieden hat. Für die einheitliche Handhabung der IVHB-Begriffe wird dies aber von grosser Bedeutung sein.

Fest steht heute lediglich, dass die Kognition des Bundesgerichts auf Willkür beschränkt bleibt, wenn die Auslegung und Anwendung einer kantonalen *Übergangsregelung* in Frage steht; denn bei dieser handelt es sich um kantonales Recht. Desgleichen bleibt das im *Kanton Zürich* autonom nachvollzogene Konkordatsrecht kantonales Recht, dessen Anwendung das Bundesgericht nur auf Willkür hin prüfen wird. Man darf aber zumindest hoffen, dass sich im Kanton Zürich eine analoge Praxis wie in den Konkordatskantonen etablieren und dass auch das Bundesgericht diesem Umstand Rechnung tragen wird.

## VI. Fazit und Ausblick

Die Bilanz fällt ernüchternd aus: grosser Implementierungsaufwand in allen «Konkordatsgemeinden», viele neue Rechtsunsicherheiten, viele zusätzliche Rechtsmittelverfahren, und das während einer Zeitspanne von schätzungsweise 20 bis 30 Jahren! Auf der Kostenseite

dürfte dies – zumindest kurz- und mittelfristig – eindeutig negativ zu Buche schlagen; dies im Gegensatz zu den Erwartungen, die am Anfang standen, als der Ruf nach Vereinheitlichung in die politischen Druckleitungen gepumpt wurde. Klar ist, wer diese zusätzlichen Kosten mehrheitlich wird bezahlen müssen: die Bauwirtschaft, welche just Kosteneinsparungen anstrebte, bzw. die Bauherrschaften. Ein relativ hoher Preis also für relativ wenig Harmonisierung!

Und was ist zu tun? Aufwachen und feststellen, dass alles nur ein (böser) Traum war, ist leider nicht möglich. Einen Weg zurück gibt es nicht, auch wenn ihn sich manche heute wünschen; zu weit ist die Umsetzung – über alle Konkordatskantone gesehen – schon fortgeschritten. Was bleibt, ist die Möglichkeit, auf der Website der BPUK eine möglichst gute Informationsplattform für Kantone, Gemeinden und Bauwillige aufzubauen. Diese müsste professionell bewirtschaftet werden und Rechtsmittelentscheide, aber auch die Behördenpraxis nicht nur wiedergeben, sondern erläutern und in den richtigen Kontext einordnen. Darüber hinaus wäre ernsthaft in Betracht zu ziehen, die verunglückte, aber zentrale Legaldefinition des Begriffs «massgebendes Terrain» zu revidieren, trotz der oben<sup>111</sup> geschilderten Konsequenzen einer Konkordatsänderung. Alles andere lässt sich durch die Praxis irgendwie «zurechtbiegen»; aber der Bauherr bzw. sein Architekt muss wissen, wo er – von unten her gesehen – mit der Planung eines Bauprojekts beginnen kann.

Alles in allem ist es schon erstaunlich, mit welcher rechtlichen Unbedarftheit man hier ans Werk ging und in dieses langwierige und kostspielige Abenteuer stolperte. Insofern versteht sich der vorliegende Beitrag auch als Plädoyer für eine Renaissance sorgfältiger rechtlicher Analysen in der Politik.

<sup>109</sup> Eine hinreichende Substanziierung der Rüge im Sinn von Art. 106 Abs. 2 BGG vorausgesetzt.

<sup>110</sup> In BGer, 1C\_169/2017, 30.6.2017, E. 5, prüfte das Bundesgericht zwar nur, ob die Bestimmung der Fassadenhöhe willkürlich erfolgt sei; doch war lediglich eine willkürliche Anwendung des kantonalen Rechts gerügt worden (E. 3).

<sup>111</sup> Siehe V.A., 3. Spiegelstrich.